

CHAPITRE PREMIER

Le Pouvoir discrétionnaire de l'administration

L'étude du *pouvoir discrétionnaire* appartenant à l'autorité administrative constitue le préalable indispensable de tout exposé de la théorie du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, parce que ce dernier tend précisément à sanctionner les limites de ce pouvoir.

Dans les lignes qui vont suivre nous allons donc essayer, tout d'abord, de justifier l'existence du pouvoir discrétionnaire et d'en fixer, ensuite, les contours.

SECTION I

Pouvoir discrétionnaire et autonomie du pouvoir administratif

I. Définitions. — II. Etendue du pouvoir discrétionnaire. — III. Cas spécial de l'autonomie juridique de l'administration. — IV. Limites générales du pouvoir discrétionnaire.

I. — Nous avons déjà vu dans l'Introduction que l'administration est tenue, dans l'accomplissement de sa mission, de s'imposer, dans le cadre légal, une certaine conduite, adaptée à la poursuite des fins administratives et limitant son activité libre. Après les développements que nous donnons au début de cette première partie nous verrons comment ce devoir a été compris et précisé par l'autorité juridictionnelle.

Mais si l'administration, qui a la charge de pourvoir aux besoins courants du public, doit, en présence des

problèmes suscités par les rapports de la vie quotidienne, s'inspirer des prescriptions légales en même temps que de certains principes découlant de l'idée même de l'institution administrative, on ne doit cependant pas oublier qu'en règle générale l'administration doit jouir d'un droit d'initiative assez étendu. Il est évident que, pour la solution des questions se présentant à son examen et à son action, elle ne saurait être absolument assujettie à des règles préétablies encadrant toute son activité, qui seraient de nature à empêcher toute intervention féconde. A certains égards, l'administration doit donc pouvoir se déterminer elle-même pour intervenir efficacement dans le règlement des affaires publiques ; cela signifie qu'en principe, elle doit être juge souveraine des motifs et, dans certains cas, du sens de son action.

Aussi, la reconnaissance de ce pouvoir qu'on a appelé *discrétionnaire* et qu'il faudrait éviter de confondre avec le pouvoir *arbitraire*, lequel ne saurait avoir aucune place dans le droit moderne, s'impose-t-elle, en dehors de toute consécration formelle, en vertu des exigences mêmes de l'institution administrative.

« On peut, dit M. Hauriou (1), définir le pouvoir discrétionnaire comme étant l'autonomie juridique de l'administration entendue comme pouvoir de se déterminer soi-même à user ou à ne pas user de ses pouvoirs et de ses droits pour prendre telle ou telle mesure d'administration ». De cette définition qui vise plus directement l'initiative administrative que le contenu même de la décision objet de pouvoir discrétionnaire, nous rapprocherons la définition un peu plus générale de M. Michoud (2),

(1) M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., p. 346 et s. Cette définition ne se retrouve plus dans la dernière édition du *Précis* de l'auteur où l'on relève la phrase suivante: « Pouvoir discrétionnaire et initiative sont sensiblement même chose et les deux concordent avec ce que l'on appelle en administration l'opportunité de la mesure » (11^e éd., p. 340).

(2) L. MICHOD, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *Ann. de l'Univ. de Grenoble*, 1913, p. 434.

d'après laquelle « il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit ». Nous dirions volontiers qu'il y a pouvoir *discrétionnaire* toutes les fois que l'administration ayant à prendre des décisions dont elle est seule en mesure d'apprécier toute la portée agit d'après ses directives propres sans que normalement on puisse concevoir qu'elle soit astreinte à rendre compte au juge de son attitude.

Ainsi, le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est pas seulement caractérisé par le fait que, sauf le respect dû à la règle légale, l'autorité administrative peut se déterminer librement, qu'elle est maîtresse de ses initiatives ainsi que de leurs modalités, mais encore par la circonstance que pour la solution des cas concrets sollicitant son intervention elle peut, à l'intérieur des limites tracées par la règle légale et disciplinaire, fixer en toute indépendance le contenu de ses décisions. Le pouvoir discrétionnaire, dit encore M. Hauriou dans une note sous l'arrêt *Grazietti* au Sirey 03. 3. 113, « est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives ».

Ce pouvoir existe dans tous les cas où la loi a laissé l'administration libre d'apprécier en toute indépendance ce qu'exigent, dans le cas particulier qui se présente, l'intérêt général et l'intérêt spécial du service. Il y a pouvoir discrétionnaire, selon la formule classique de Bernatzik (citée dans Michoud, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 445), lorsque le législateur a entendu dire à l'administration : « Tue, was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist » (1).

Cependant, entendu de cette façon, l'élément discrétionnaire de l'activité administrative n'est pas encore caractérisé d'une façon suffisamment précise. Les *buts d'intérêt*

(1) Dans son ouvrage fondamental, intitulé *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig et Vienne 1910, l'auteur autrichien RUDOLF VON LAUN donne les définitions suivantes: p. 20: « Wie schon angedeutet... « wurde, besteht das freie Ermessen darin, dass das handelnde öffent-

général sont innombrables, alors qu'en principe la faculté du choix de l'administration est limitée par la règle qui lui impose de poursuivre les *buts concrets* de la fonction exercée par elle, c'est-à-dire de rester dans l'idée même de cette fonction. Il conviendrait donc de dire qu'il y a pouvoir discrétionnaire lorsque l'administration est libre de déterminer elle-même ce qui, dans le cas précis appelant son intervention, est le plus conforme non pas à l'intérêt général, mais à l'*intérêt du service*, formule que nous avons, d'ailleurs, déjà énoncée ci-dessus.

« liche Organ berechtigt und verpflichtet ist, das Nützlichste für die Gesamtheit, das Zweckmässigste im öffentlichen Interesse vorzukehren » ; p. 66 : « Freies Ermessen ist... der vollziehenden Gewalt eingeräumt, wenn sie unbeeinflusst von Rechtsregeln zu bestimmen hat, was das öffentliche Interesse verlangt ». Nous remarquons qu'alors que les auteurs français insistent particulièrement sur l'élément *liberté* impliqué dans le pouvoir discrétionnaire, l'auteur autrichien indique bien, dans sa définition, l'obligation pour l'administration de rechercher, sous sa seule responsabilité, le bien public.

A rapprocher de la définition de LAUN la formule suivante donnée par l'auteur italien Alessandro RASELLI (*Il potere discrezionale del giudice civile*, t. I, Padoue, 1927, p. 246). « Il potere discrezionale è « caratterizzato dall' implicare necessariamente delle valutazioni di opportunità, in rapporto allo scopo della funzione, rivolte a determinare che cosa importi, nel caso concreto, il precetto generale posto « per gli organi della Stato: adempi nel modo più opportuno la funzione pubblica che ti è demandata ».

M. MICHOUD reproche à LAUN d'avoir établi, quelque part, le critérium du pouvoir discrétionnaire dans la faculté, qui appartiendrait à l'administration, de choisir librement les buts directs de son action. Le reproche, s'il contient une certaine part de vérité, n'est pas tout à fait justifié. Réflexion faite, il nous semble que M. MICHOUD a mal interprété la pensée intime de LAUN. Cet auteur, lorsqu'il parle de la liberté du choix appartenant, en l'espèce, à l'autorité administrative, ne vise pas tant les buts plus ou moins *abstrait*s de caractère général ou spécial déterminés par l'intérêt public et l'idée de la fonction exercée, dans chaque cas, par l'agent public, que les buts essentiellement *concrets* et *immédiats* qui trouvent leur expression plus ou moins marquée dans le contenu même de l'acte administratif et que, par conséquent, il serait plus exact de comprendre dans l'objet même de la décision administrative. Il est évident que, dans les cas où il y a pouvoir discrétionnaire, l'administration apprécie avec indépendance les résultats immédiats de son action, lorsque ces résultats ne sortent pas du cadre général tracé par l'idée de la fonction ou le bien du service. C'est là l'objet même du pouvoir discrétionnaire.

II. — Certes, *en théorie pure*, il ne peut y avoir, pour les diverses questions s'imposant à l'attention de l'autorité administrative, qu'une seule solution juste qui soit exactement proportionnée aux faits, et bien que, comme il a déjà été dit ailleurs (1), l'*opportunité* des décisions administratives ne soit pas formellement exigée par le droit positif, l'administrateur conscient de sa mission devra toujours s'efforcer d'atteindre, par des prévisions sûres et un examen avisé de toutes les circonstances de fait, l'idéal administratif qui veut qu'il n'y ait jamais le moindre défaut d'équilibre entre la décision prise et les faits sur lesquels elle porte. Il serait donc téméraire d'affirmer que l'administration est absolument libre de prendre des décisions inopportunes (2).

(1) V. ci-dessus p. 21.

(2) L'obligation, pour l'administration, de prendre des décisions opportunes constitue bien, *en dernière analyse*, une obligation juridique. La particularité que présente cette obligation, c'est qu'elle ne découle nullement d'une règle de droit préétablie et qu'en même temps elle ne saurait être sanctionnée par l'autorité juridictionnelle, l'administration active étant seule en état d'en mesurer exactement la portée.

M. MICHOUD reconnaît lui-même le caractère juridique de cette obligation. « Il est vrai, dit-il (*Ann.Gren.* 1913, p. 445), que l'administrateur, même en restant dans les limites de ce pouvoir discrétionnaire, « engage parfois sa responsabilité vis-à-vis de l'administration dont il « dépend, et peut être exposé à des poursuites disciplinaires pour avoir « mal apprécié l'intérêt général. Il est vrai aussi que l'obligation dont « la violation donne lieu à poursuite disciplinaire est une obligation « d'ordre juridique ». Nous ne croyons même pas qu'en réalité « cette « obligation n'existe pour l'agent que vis-à-vis de la personne morale « dont il dépend », que ce n'est qu'une obligation « d'ordre intérieur administratif » et qu'elle n'existe pas « à la charge de la personne morale, « vis-à-vis des tiers intéressés ». Nous estimons, quant à nous, qu'il est permis d'admettre que l'inopportunité d'une décision administrative constitue une violation d'une obligation s'imposant à la personne morale elle-même dans l'intérêt bien compris du public.

En tous cas, si les préceptes encore mal définis qui régissent l'activité administrative considérée du point de vue de son opportunité ne peuvent pas et ne pourront guère à l'avenir donner lieu à un débat contentieux soulevé par des tiers étrangers à l'administration, il semble, cependant, qu'ils présentent bien un caractère juridique qui, en théorie, les rend obligatoires pour l'administration même au regard du public.

Cf. encore en ce qui concerne la comparaison entre le pouvoir discrétion-

Mais le pouvoir discrétionnaire de l'administration, en tant que pouvoir soustrait à toute appréciation contentieuse, est suffisamment justifié par le fait que seule l'administration active est en état de connaître et d'apprécier exactement et à leur juste valeur les *nécessités du moment*, de saisir, *dans tous leurs détails*, les aspects variés des questions qui surgissent à jet continu et qui, dans l'intérêt d'une bonne administration, doivent être tranchées avec la plus grande rapidité.

Le pouvoir discrétionnaire est, d'ailleurs, un phénomène très général en droit public, car il est le privilège indispensable de toute autorité. « Partagé... entre les divers
« organes de l'Etat, le pouvoir discrétionnaire est une né-
« cessité de fait pour le pouvoir législatif..., une condition
« de bonne administration et de bonne justice pour le pou-
« voir exécutif et le pouvoir judiciaire qui, dans certains
« cas, ne pourraient pas sans inconvénients en être privés.
« Le pouvoir discrétionnaire est un moyen pour l'organisa-
« tion étatique de tendre à sa fin qui est la réalisation du
« droit » (E. Giraud, *Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, *Rev. gén. d'adm.*, 1924, p. 206) (1).

tionnaire du juge et celui de l'administration: L. MICHOU, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 450 et s. — V. également l'exposé intéressant de M. Fr. GÉNY dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. II, p. 182 et s.

(1) Une division originale du pouvoir discrétionnaire a été présentée par le professeur POMPEO BRONDI dans une étude intitulée *In Tema di Potere discrezionale del Giudice, Appunti e Spunti Polemici* (Extrait de la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, Padoue, 1928), publiée en réponse aux conclusions formulées par le professeur ALESSANDRO RASELLI dans son livre *Il potere discrezionale del giudice civile*, t. I, Padoue, 1927.

Le professeur BRONDI répartit les manifestations de ce pouvoir en deux groupes bien distincts :

C'est, d'abord, dans ce qu'il appelle la *fonction normative* de l'Etat, considéré comme organisation juridique, qu'il voit l'expression la plus élevée du pouvoir discrétionnaire, parce que dans cette fonction l'autorité publique poursuit de la façon la plus *immédiate l'intérêt public* sans être liée par aucune règle préétablie. Voici, du reste, la formule

En ce qui concerne spécialement l'administration publique, il est évident que sa mission ne peut être limitée à l'exécution servile des dispositions des lois de droit public,

donnée par l'auteur et résumant ses développements (*op. cit.*, p. 29 et s.) :

« Nel campo della funzione normativa, al disopra di tutte le attività dei singoli e dello Stato, avremo una *unica* forma di potere discrezionale che consiste nel porre regole di condotta obbligatoria (personali o impersonali) con un processo logico incontrollabile nel merito e con efficacia assoluta anche contro norme preesistenti e perfino contro i principi generali di diritto, attività accompagnata dalla presunzione (iuris et de iure) che si sia fatta di una regola di giustizia obiettivamente esistente una regola di giustizia obiettivamente certa e della quale non è più ammessa giuridicamente né l'ignoranza né l'incertezza ».

Le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur n'occupe, dans l'opinion de l'auteur, qu'une place secondaire, parce que l'administration ne poursuit que des fins intermédiaires (« *Fini secondari, potere secondario* ») et que, comme les manifestations de l'activité privée des particuliers, le pouvoir discrétionnaire de l'administration est absolument subordonné au droit légal et étroitement limité dans les buts que l'administrateur peut se proposer d'atteindre.

Il déclare (*op. cit.*, p. 31) : « Nel campo della funzione amministrativa il potere discrezionale si svuota di gran parte del suo contenuto ; chiuso nel diritto e sottoposto al diritto, assume il modesto aspetto del potere concesso all'organo di *regolarsi nei confini della legge, come meglio crede in vista del fine, a volta a volta, da raggiungere* ».

Nous n'acceptons pas cette thèse parce qu'elle place le critérium du pouvoir discrétionnaire dans l'absence (plus ou moins complète) de limites juridiques positives qui restreignent l'action de l'autorité et qu'elle voit l'expression type de ce pouvoir dans l'absolu de l'impératif juridique.

Certes, l'application de ce critérium révèle l'aspect le plus élevé de l'autonomie juridique d'un pouvoir. Mais, dans notre conception, le pouvoir discrétionnaire proprement dit est, avant tout, caractérisé par le fait que, parmi les conséquences plus ou moins nombreuses pouvant être déduites d'une situation de fait ou de rapports juridiques déterminés, l'autorité publique, dans l'exercice de ses attributions, a la faculté de se décider librement pour celle de ces conséquences qui, d'après des considérations d'opportunité, lui paraît la mieux adaptée au règlement des intérêts dont elle a la charge.

En ce sens et théoriquement, le pouvoir discrétionnaire se retrouve avec une nature identique dans le pouvoir juridique de l'Etat et dans les manifestations de l'activité administrative. La liberté du choix du contenu de ses décisions appartenant au pouvoir législatif, dans lequel nous voyons un pouvoir lié par des principes souverains supérieurs à toute législation, est évidemment bien plus étendue que la liberté de détermi-

qu'elle n'est pas seulement l'exécutrice aveugle des volontés du législateur ni même des idées renfermées dans la règle légale, mais qu'elle doit apprécier *par elle-même* et

nation reconnue à l'administrateur qui, dans la plupart des cas, ne se révèle que dans les décisions spéciales et particulières prises en vue de l'application de la règle générale. Mais la différence est de l'ordre *quantitatif* et non pas de l'ordre *qualitatif*.

Il reste, cependant, que si l'on se place au point de vue de l'existence des recours juridictionnels pouvant être dirigés contre les actes juridiques publics, l'indépendance du législateur est à peu près absolue puisqu'il n'a pas à rendre compte au juge de ses actes, bien qu'un pareil contrôle puisse parfaitement se concevoir, alors que les actes administratifs donnent toujours prise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

La théorie du professeur Biondi aboutit, par ailleurs, à une distinction bien trop tranchée entre la *fonction juridique* et la *fonction administrative*. Si, de l'avis de l'auteur, la première est l'expression même de l'autorité régulatrice s'imposant comme telle aux particuliers, il rabaisse, en somme, la fonction administrative au rang du commerce juridique ordinaire, en établissant un parallélisme trop prononcé entre l'activité de l'administration sujet de droit et les diverses manifestations de la liberté dont jouissent les particuliers dans l'exercice de leurs droits subjectifs. C'est ce qui amène l'auteur à rapprocher le pouvoir discrétionnaire de l'administration des droits subjectifs reconnus aux particuliers pour la poursuite de leurs intérêts.

Il déclare notamment (*loc. cit.*) : « Tale potere non differisce, nella « sua sostanza, dal potere che è dato al singolo di raggiungere, nei « limiti del diritto, i suoi propri scopi, o, se si tratta di un ente, gli « scopi comuni ad un certo numero di cittadini. Tutto ciò è provato « dal fatto che certi interessi oggi proseguiti dallo Stato, soggetto di « diritto, possono domani passare a cittadini od a società private e « viceversa : il che presuppone l'identità sostanziale del potere concesso « dallo Stato, organizzazione giuridica, per raggiungimento di quei « determinati fini ».

Pour nous l'administration est à la fois une *entreprise* destinée à donner satisfaction à certains besoins du public et un *pouvoir juridique* qui, sans s'y rattacher d'une façon absolue, participe, en quelque sorte, de la fonction normative de l'Etat. Car, si l'administration gère les affaires du public à peu près comme un administrateur de société gère les affaires de cette société devant laquelle il est responsable, il ne faut pas oublier que les services publics fonctionnent sous l'impulsion de la puissance publique créatrice d'un droit autonome, bien que plus précaire que le droit légal, se réalisant par la décision exécutoire.

Sous le bénéfice de ces observations, on pourra admettre les conclusions du professeur Biondi dans la mesure où elles tendent à faire ressortir le *degré de liberté* qui se retrouve respectivement dans le pouvoir législatif et dans l'activité de l'administrateur.

en vertu de ses fonctions propres certains éléments proposés à son examen, conformément à l'esprit de l'institution. L'auto-détermination administrative n'a donc rien d'exceptionnel.

Lorsque l'autorité administrative applique la loi, elle le fait avec une certaine indépendance, parfois très marquée, en examinant, dans chaque cas concret, les possibilités de réalisation de la règle abstraite. En limitant, à l'occasion, et dans des cas isolés, la portée de cette règle, elle ne se met nullement en opposition avec la légalité, étant donné que son intervention consiste non pas à affirmer, à l'encontre de l'impératif législatif, un postulat *abstrait*, mais à procéder, sur les données de l'expérience, à un aménagement *pratique et particulier* de la prescription générale. C'est ce qu'exprime très bien M. Rivet, lorsque, dans ces conclusions présentées dans l'affaire *Chambre syndicale des fabricants d'eaux gazeuses de Paris* du 24 mars 1922 (*Rev. dr. p.*, 1922, p. 247 et s.), il déclare « que l'autorité administrative, chargée par le législateur d'assurer l'exécution des lois, a reçu un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, dans chaque espèce, en faisant état des *circonstances de fait* et, parfois, de *raisons d'opportunité* et de *bonne administration*, si le texte était ou n'était pas applicable ».

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat a annulé le refus, opposé par l'administration, d'appliquer aux limonadiers, restaurateurs et hôteliers fabriquant des eaux minérales à Paris la réglementation alors en vigueur en matière de surveillance de la fabrication d'eaux gazeuses, parce qu'en exemptant ainsi de l'application des dispositions *formelles* de la règle générale *toute une catégorie de personnes*, l'administration n'exerçait plus son pouvoir discrétionnaire d'adaptation de la loi aux cas particuliers et concrets, mais restreignait, *d'une manière générale*, la portée des dispositions de la réglementation spécialement applicable à la matière, ce qui constituait un dépassement flagrant du pouvoir discrétionnaire. « Car, comme le dit très justement M. Rivet

« dans ses conclusions précitées, de l'opportunité de sou-
 « mettre ou de ne pas soumettre, *non pas un citoyen isolé,*
 « mais une *catégorie* de citoyens à la réglementation qu'il
 « édicte, le législateur ou, par délégation, le pouvoir exé-
 « cutif, est l'unique juge ». Dans ce cas, il s'agit d'inter-
 prétation juridique et non plus d'appréciations de faits
 rentrant essentiellement dans le pouvoir discrétionnaire de
 l'administration.

Cela nous amène également à préciser que, d'une ma-
 nière générale, le pouvoir discrétionnaire se vérifie avant
 tout dans les mesures *particulières* prises par l'administra-
 tion, étant donné qu'il trouve sa raison d'être dans l'obli-
 gation qui incombe au pouvoir administratif de pourvoir
 aux *nécessités du moment* (1).

Cette idée nous fournit, en même temps, un critérium
 précieux pour l'établissement des limites concrètes de ce
 pouvoir réalisateur : Il est de règle que les mesures rentrant
 dans le pouvoir discrétionnaire ne doivent pas dépasser les
 exigences de la situation (2), même si le principe de limita-
 tion du pouvoir administratif ne se déduit pas d'un texte
 formel spécialement applicable à la matière.

On a beaucoup insisté sur le fait que les nécessités du
 moment que nous venons de viser n'autorisent, en principe,
 que des mesures *temporaires* et d'une *portée restreinte*.
 C'est ainsi que les agents administratifs ne sauraient se
 prévaloir de leurs attributions de police pour édicter à l'en-
 contre de certaines manifestations des libertés individuelles
 des interdictions générales ayant un caractère *absolu* et
permanent (Cf. note J.-J. Chevalier sous Cons. d'Et. 13
 mai 1927 *Carrier et autres* D. 28.3.9 ; comp. égal. note M.
 Hauriou sous Cons. d'Et. 7 mai 1926 *Sourisse* S. 26.3.41).

(1) « Il y a, dit M. J.-J. CHEVALLIER (note au D. 25. 3. 46), moins d'ap-
 « préciation discrétionnaire laissée à l'administration dans le domaine
 « de l'acte *général* que dans celui de l'acte *individuel* ». Comp. G. RE-
 NARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1925, p. 304, note (1).

(2) Cf. MORGAND, *La loi municipale*, p. 664. Cf. Cons. d'Et. 4 juillet
 1924 *Beaugé*, Gaz. Pal. 24.2.236.

Il ne faudrait cependant pas exagérer la portée de cette règle. Des atténuations sont inévitables. Les dangers que les administrateurs doivent prévenir, les nécessités auxquelles ils doivent pourvoir peuvent présenter un caractère permanent; dans des cas pareils des mesures générales et permanentes sont parfaitement justifiées. Ici comme partout ailleurs, il faut éviter de tomber dans l'abus des abstractions. Dans toutes ces matières, il s'agit encore d'appliquer les règles du bon sens; c'est une question de tact et de mesure. Il suffit, en somme, de bien retenir le principe qui interdit à l'administration de se laisser entraîner à des actes qui, en raison de leur caractère, peuvent être considérés comme impliquant l'affirmation d'un *état d'esprit* nettement contraire aux principes généraux de notre droit positif et, notamment, aux libertés fondamentales consacrées par le droit public en faveur des particuliers.

III. — Mais, l'autorité administrative jouit encore d'un degré supérieur de pouvoir discrétionnaire, en ce sens que non seulement elle règle les cas d'espèce d'après ses directives propres, mais qu'elle a encore le pouvoir de créer de toutes pièces des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics, que, bien plus, en certains cas, l'activité administrative peut légitimement sortir du domaine propre de ce qu'on entend *généralement* par *pouvoir discrétionnaire* pour prendre une ampleur toute particulière, pour corriger et parfaire, en quelque sorte, suivant les nécessités de la bonne administration, l'œuvre du législateur. L'administration, dit M. Alibert (*Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, Payot, p. 16), « n'est pas « seulement l'exécutrice servile de la loi ou le rouage de « transmission des commandements législatifs; elle est « encore un organe autonome et *créateur*. Elle possède à ce « titre un pouvoir propre, dont l'exercice crée des *obliga-* « *tions spéciales* aux administrés avec une précision que ne « comporte pas le caractère forcément général et parfois « abstrait de la loi écrite ».

C'est ici que se vérifie d'une façon toute spéciale la véritable nature de l'autonomie juridique de l'administration publique.

Si le pouvoir discrétionnaire proprement dit ne se révèle, en général, que dans l'application particulière de principes généraux aux faits, cette application comportant nécessairement une liberté assez large de la volonté agissante, l'autonomie juridique poussée à ses dernières conséquences implique déjà un degré supérieur de liberté et d'indépendance : c'est la faculté, pour l'administration consciente de ses responsabilités, de faire abstraction, dans son action légitime, de tout ce qui, du côté des sources formelles du droit, tend à restreindre sa liberté naturelle. Si la reconnaissance de ce pouvoir exceptionnel n'a lieu que dans des cas très rares, il serait, cependant, vain de nier son existence. Il peut être mis en œuvre toutes les fois que les fins à atteindre présentent une importance telle que toute considération autre que celle du bien public, si grave soit-elle, doit céder le pas devant les nécessités inéluctables du moment.

Nous comprendrons plus tard l'importance de ce problème lorsque nous étudierons les solutions jurisprudentielles (1).

IV. — Nous n'avons pas à insister ici sur la limite légale opposée à l'activité libre de l'administration. On comprend facilement que le pouvoir discrétionnaire appartenant à l'autorité administrative ne saurait se heurter, en principe, à la règle légale. Tout au plus, y aurait-il lieu de dénoncer à cette place l'intervention trop fréquente du législateur

(1) Peut-être pourrait-on, *toutes proportions gardées*, rapprocher des distinctions faites au texte la théorie des pouvoirs du juge en matière d'interprétation du droit où l'on peut distinguer entre le *pouvoir discrétionnaire*, généralement admis par la doctrine, et la *libre recherche scientifique*, absolument indépendante de toute interprétation légale, qui conduit parfois à des solutions assez hardies et qui est vivement critiquée par un grand nombre d'auteurs (Cf. à ce sujet Fr. GÉNY, *Méth. d'int.*, t. II, p. 188 et s.).

qui, à la faveur d'une conception fautive de la souveraineté nationale, a souvent tendance à amplifier sa mission et à restreindre ainsi, d'une façon inopportune, les initiatives de l'autorité chargée, en premier lieu, de pourvoir, par les procédés les plus appropriés, aux besoins courants du public (1).

Rappelons, d'ailleurs, que même lorsque l'administrateur ne fait qu'appliquer la loi, il le fait dans un esprit très large de *prévision*, ce qui l'amène à écarter toute interprétation *stricte* pour considérer avant tout les exigences de la situation concrète qu'il est appelé à régler, alors que le juge, ayant pour mission essentielle de dire le droit, ne saurait statuer avec une liberté et une indépendance aussi étendue (2).

Mais le pouvoir discrétionnaire — et c'est le point qui nous intéresse le plus du point de vue de notre étude — ne trouve pas seulement ses limites dans la loi, mais encore et avant tout dans certaines règles qui dérivent, d'une façon directe, de la nature institutionnelle de l'administration publique. Si ces règles, qui consacrent le principe de la *moralité administrative* et dont nous aurons encore à préciser le caractère particulier, peuvent être formulées sans de trop grandes difficultés, le contrôle de leur application concrète se heurte cependant à des obstacles assez sérieux.

Au surplus, il faudrait se garder de croire qu'en cette matière nous nous trouvons sur un terrain bien ferme autorisant des déductions précises et complètes. En ce domaine, le sens concret des opportunités et l'expérience des

(1) M. MICHOUX (*op. cit.*, *Ann. Gren.* 1913, p. 453) déclare: « Il faut... « que l'administration ait, dans un certain domaine, liberté d'agir; il « serait mauvais, et d'ailleurs impraticable, que la loi lui traçât à l'avance dans tous les cas la conduite qu'elle doit tenir, et il serait « mauvais aussi que, là, où elle n'entend pas la lier par une règle de « droit, elle soumit cependant ses décisions à un contrôle juridictionnel ».

(2) Cf. G. RENARD, *La valeur de la Loi*, p. 151.

réalités sont seuls capables de seconder des recherches présentant essentiellement un caractère pratique.

SECTION II

Eléments particuliers du pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de la moralité administrative

I. Remarques préliminaires. — II. Eléments de la décision exécutoire envisagés sous le rapport de l'objet propre du pouvoir discrétionnaire — III. Etendue du contrôle juridictionnel de la moralité.

Après avoir attiré l'attention sur l'existence même et la signification particulière du pouvoir discrétionnaire, il nous appartient, maintenant, sous le bénéfice des observations qui précèdent, d'en fixer les contours dans leurs grandes lignes afin de pouvoir marquer, parmi les éléments de l'acte administratif, les points précis où commence le contrôle du juge.

I. — Nous croyons inutile d'insister longuement sur le fait qu'aujourd'hui la jurisprudence a complètement écarté l'ancienne théorie de l'*acte discrétionnaire*, qui pouvait présenter certains avantages autrefois, alors que le pouvoir administratif était encore en voie d'organisation, mais qui, à l'heure actuelle, en présence du développement qu'a pris l'idée de moralité et de conceptions plus éclairées de la nature de la fonction publique, ne saurait plus être défendue.

Reconnaître à l'administration un certain pouvoir discrétionnaire, cela ne signifie donc plus, maintenant, que certains actes, considérés comme particulièrement autoritaires et comme découlant directement du principe même de la puissance publique opposée aux droits des particuliers, devront être soustraits à tout examen contentieux, du moins quant à l'appréciation de leurs motifs, mais tout

simplement que l'administration aura, dans un grand nombre de cas, le *choix du moment* de son action, le *choix des moyens*, et, en certaines circonstances, la *liberté d'agir ou de s'abstenir*, à son propre gré.

Nous venons d'indiquer sommairement les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire appartenant à l'autorité administrative. Remarquons, dès à présent, que lorsqu'on pose la question de l'objet précis de l'autonomie juridique de l'administration, il convient, si l'on veut aboutir à des solutions pratiques, d'éviter, de prime abord, toute classification rigoureuse, étant donné que le pouvoir discrétionnaire résiste à tout compartimentage et qu'il se retrouve dans la très grande majorité des actes administratifs.

Voilà une vérité qui n'a pas toujours été suffisamment aperçue. Lorsque la loi n'a pas entièrement lié le pouvoir de l'administration, celle-ci peut, en principe, établir de sa propre autorité les directives de son action, à condition cependant qu'elles se meuvent dans une sphère déterminée par les buts de l'institution. A l'encontre de la thèse soutenue notamment par Laun (1) et Michoud, nous croyons même qu'il n'est pas faux de dire que le *pouvoir discrétionnaire* et la *compétence liée* ne s'opposent pas d'une façon absolue. Car même lorsque le législateur donne des directives précises, il n'épuise rarement toutes les possibilités de solution d'un cas concret.

L'élément spécifiquement discrétionnaire se concentre dans les *directives* que l'administration se fixe à elle-même et d'après lesquelles elle se propose d'agir. Il est évident que théoriquement ces directives peuvent varier à l'infini, et il ne semble pas que, sur ce point, il soit possible de préciser les facultés dont l'administration dispose, parce qu'elles s'affirment dans des appréciations de pure opportunité cor-

(1) Cf. LAUN, *op. cit.*, p. 50 et s., qui établit une opposition bien nette entre ce qu'il appelle « gebundenes Ermessen » et « freies Ermessen ». Selon lui, le pouvoir discrétionnaire, au sens propre de ce mot, ne saurait jamais être reconnu à l'administration que dans les cas où le législateur lui a donné carte blanche.

respondant aux nombreuses situations de fait qui s'imposent à l'attention de l'autorité administrative. Ainsi, en vue de l'exercice de son pouvoir de police, le maire peut se proposer d'interdire les processions ou sorties de sociétés sur la voie publique dans telles circonstances; il peut se fixer comme règle de conduite de ne point autoriser tel ou tel genre de processions, d'empêcher les fanfares de jouer sur la voie publique, etc...; il agit, dans toutes ces matières, selon ses directives propres dont il a seul le secret et qui ne sauraient être critiquées lorsqu'elles se situent à l'intérieur des limites tracées par le droit positif (1). La question de la stabilisation des directives administratives est, d'ailleurs, d'autant plus délicate que l'administrateur n'est pas, en principe, tenu de motiver ses décisions.

Le problème de la détermination du pouvoir discrétionnaire de l'administration a été étudié avec soin — peut-être avec un raisonnement d'une dogmatique quelque peu rigoureuse — par M. Roger Bonnard dans un article publié dans la *Revue du droit public* (1923, p. 363 et s.) et intitulé *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*. Dans les développements qui vont suivre nous nous inspirerons de cette étude, sans, toutefois, en adopter toutes les conclusions et sous réserve de la remarque, faite ci-dessus, touchant le danger d'une analyse abusive (2).

(1) Le Conseil d'Etat a reconnu la régularité d'une décision du maire de Châlons-sur-Marne portant interdiction des combats ou exhibitions de boxe dans la commune. Cette interdiction était suffisamment justifiée par « le caractère brutal et parfois sauvage de ces combats, contraires à l'hygiène morale » (Cons. d'Et. 7 novembre 1924 *Club indépendant sportif Châlonnais* S. 26. 3 4).

(2) Nous n'avons nullement l'intention de donner ici plus qu'un aperçu général des éléments de l'activité administrative appartenant en principe au pouvoir discrétionnaire. On trouvera, à ce sujet, des développements plus détaillés, quoique non absolument conformes au point de vue exposé au texte, dans les études de L. MICHOUX, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 434 et s.; Roger BONNARD, étude visée au texte; Marc RÉGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, *Rev. dr. p.* 1925, p. 415 et s.

Définissant la notion d'opportunité des mesures administratives dans

II. — a) Un examen attentif de l'acte administratif nous révèle immédiatement qu'à la base de toute manifestation de volonté de l'administrateur, il doit exister une certaine situation de fait sur laquelle porte, tout naturellement, l'intervention administrative.

Ce sont ces antécédents de l'acte que nous appelons les *motifs immédiats* de l'intervention administrative. Ces motifs immédiats sont, en quelque sorte, les *faits déterminants* de la décision exécutoire. Dans la terminologie un peu spéciale que nous adoptons pour la commodité de l'exposé aussi bien que pour la clarté des distinctions (1), ces motifs immédiats ne doivent pas être confondus avec les *motifs déterminants* ou, plus exactement, avec les *buts déterminants* qui se traduisent plus particulièrement dans les répercussions directes de l'acte voulues par l'agent (2). C'est

laquelle se concentre le pouvoir discrétionnaire, ce dernier s'exprime ainsi: « L'opportunité est l'ensemble des circonstances non prévues par le droit et qui sont laissées à l'appréciation de celui qui fait l'acte. Ces circonstances, nous semble-t-il, sont au nombre de trois: 1° les motifs (antécédents) de l'acte; 2° la possibilité pour l'administrateur, en présence de certains motifs, d'agir de la façon qu'il juge bon ou même de s'abstenir; 3° le choix du moment... Ces différents éléments de l'opportunité, parce qu'en général ils échappent au contrôle du droit, sont laissés à la libre appréciation de l'administrateur. Cette libre appréciation est ce que l'on appelle le *pouvoir discrétionnaire* ».

V. encore Emile GIRAUD, *Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, *Rev. gén. d'adm.* 1924, p. 193 à 212 et 298 à 320; cf. aussi la note de M. HAURIUO sous Cons. d'Et. 17 juillet 1925 *Association amicale du personnel de la Banque de France* S. 25. 3. 33.

(1) M. BONNARD, dans son étude précitée, adopte, lui-même, l'expression de « motifs » pour désigner les éléments de l'acte juridique « qui, dit-il, constituent en quelque sorte ses antécédents ». Il tient, du reste, à justifier sa terminologie par la commodité de l'exposé et il fait remarquer, très justement, que généralement on ne donne pas au mot « motif » ce sens précis (cf. *op. cit.*, p. 369). Comp. la dénomination « motifs impulsifs » adoptée par le regretté doyen de la Faculté de Droit de Bordeaux dans la dernière édition de son *Traité* (t. I, p. 317; t. II, p. 395 et s.).

(2) M. JÈZE, dans son *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français* (*Rev. dr. p.* 1922, p. 377 et s.), ne fait pas la distinction adoptée au texte: il comprend tout sous la dénomination géné-

ainsi que, dans la matière des révocations de fonctionnaires, les agissements du fonctionnaire ayant donné lieu à la mesure de révocation constituent les *motifs immédiats* ou les *faits déterminants* de sa révocation, alors que le bon fonctionnement du service constitue le *but déterminant* de la sanction prise par l'administration. *Le motif immédiat est donc une situation de fait préexistante à l'acte, alors que le motif ou le but déterminant est d'essence plutôt subjective, puisqu'il se confond dans la détermination de volonté de l'agent.*

Ces définitions étant acquises, il va de soi que l'administration, lorsqu'elle prend une décision, doit tenir compte de la situation préexistante à l'acte ; elle n'est pas libre de ne pas l'admettre. Tout acte basé sur des motifs faux doit être considéré comme irrégulier. Remarquons que cette règle, qui n'est en somme qu'un truisme, ne se déduit pas toujours de la loi, ni même de la coutume, ainsi que le veut M. Bonnard ; le vice d'une décision administrative, par ailleurs régulière, prise sur la base d'un état de choses reconnu inexistant tient plutôt à la violation d'une règle de moralité et de bon sens qui s'oppose à ce qu'un acte dénué de tout fondement réel puisse produire des effets juridiques définitifs.

b) Quant à la *qualification* et à l'*appréciation juridiques des faits déterminants* la décision administrative, on comprend facilement qu'ici encore l'administration ne soit pas libre de son appréciation. Les éléments qui devront influencer sur son jugement se trouveront soit dans la loi elle-même, souvent trop vague pour fournir à elle seule des données bien utiles, soit dans un ensemble de déductions tirées des

rale de *motifs déterminants*. S'il en est résulté certaines confusions, en fait, il a quand même été amené à distinguer, à plusieurs reprises, pour les solutions pratiques qu'il indique, entre ce que nous appelons les motifs immédiats de l'acte qu'il a tendance à qualifier de « motifs » tout court et les buts déterminants qu'il désigne plus spécialement par l'expression « motifs déterminants ». Cf. pour la distinction du *fait déterminant* et du *motif déterminant* M. HAURIOU, note au S. 26. 3. 25.

faits concrets et complétées utilement par les indications du législateur. Le contrôle juridictionnel portant sur la qualification et l'appréciation juridiques d'un fait sera donc tantôt proprement légal, tantôt un contrôle contentieux à caractère essentiellement technique.

Mais, malgré l'avis contraire de la doctrine, nous ne croyons pas qu'ici le pouvoir discrétionnaire sera complètement écarté, car, dans certains cas, les questions à résoudre exigeront des appréciations de fait tellement délicates et dépendront dans une telle mesure de prévisions purement subjectives qu'un contrôle contentieux rigide peut paraître déplacé. S'il n'y a pas dans les cas que nous visons pouvoir discrétionnaire au sens proprement juridique de ce mot, du moins y a-t-il « discrétionnalité technique » selon les termes employés notamment par l'auteur italien Presutti (1). Bien que cette théorie rencontre une vive opposition en doctrine et qu'elle ne soit même pas consacrée en jurisprudence, nous estimons qu'à condition qu'on n'en exagère pas les conséquences, il n'y a pas lieu de la repousser d'une façon absolue, parce qu'elle indique bien le rôle indépendant que, dans certaines circonstances ne pouvant être *pleinement* comprises que par l'administrateur actif, il convient d'attribuer à l'autorité administrative agissant pour la poursuite des fins spéciales qui lui sont assignées. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question lors de l'étude des solutions jurisprudentielles (2).

c) La question qui se pose maintenant est celle de savoir quelle sera l'attitude de l'administration en présence d'une situation de fait dont la qualification juridique a été exactement établie.

Des distinctions s'imposent : La loi a-t-elle ordonné à l'administration d'agir en un certain sens, celle-ci ne pourra, en règle générale, se dispenser d'observer une conduite conforme aux injonctions du législateur. Mais souvent la

(1) Cf. L. Michoud, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 462, en note.

(2) V. ci-dessous p. 337 et s.

loi ne comportant pas de prescription formelle, l'agent public pourra s'abstenir et, même en cas d'ordre donné par le législateur, il pourra choisir le *moment de son intervention* avec une certaine liberté — restreinte en certaines hypothèses par des textes divers (V. par ex. article 4 du décret-loi du 26 mars 1852) et d'une façon plus générale depuis la loi du 17 juillet 1900 (art. 3). Voilà une première manifestation du pouvoir discrétionnaire qui en est même une des plus importantes. Notons, d'ailleurs, que la jurisprudence est intervenue pour empêcher que cette règle ne puisse donner lieu à des abus trop flagrants, préjudiciables aux intérêts des administrés (1).

De même, il s'agit de savoir de quelle façon l'agent administratif se comportera dans les cas où il se décidera à intervenir. Tout d'abord, nous voudrions remarquer que le *mode d'action* de l'administration ne devrait, en principe, être fixé par la loi que dans les cas où une raison supérieure l'exige pour la pleine garantie de la liberté. En fait, dans beaucoup de cas, le législateur a observé une prudente réserve. L'appréciation discrétionnaire des modalités et du caractère de la décision elle-même constituera donc souvent pour l'autorité administrative un domaine réservé, soustrait aussi bien au contrôle de la légalité qu'à celui de la moralité.

Il s'agit, en effet, dans tous ces cas, de questions d'appréciation de la *valeur en fait* des circonstances se trouvant à la base de la décision administrative. Or, on comprend facilement que cette appréciation est, par elle-même, une question d'*opportunité*, qu'il appartient à l'administration de trancher librement en dehors de tout contrôle du juge. C'est dans ces appréciations de fait, qui constituent, à proprement parler, *les motifs* (2) de son intervention, que se retrouvent

(1) V. ci-dessous p. 382 et s.

(2) Les *motifs* dont il s'agit ne doivent pas être confondus avec ce que nous entendons par *faits déterminants* de l'intervention administrative qui ne soulèvent évidemment pas encore la question d'appréciation de la *valeur* de circonstances déterminées (Cf. ci-dessus p. 44).

les directives variées que l'administration se fixe à elle-même pour le règlement des cas d'espèce.

Il convient, du reste, de remarquer que même dans les cas où, sur ces points précis, la loi a restreint la liberté de l'administration, celle-ci conserve encore des pouvoirs assez étendus que l'on est en droit d'appeler discrétionnaires. Car, lorsque l'intervention du législateur n'a pas eu pour effet de fixer d'une façon absolument précise l'attitude de l'agent administratif, pour l'ensemble des cas qui peuvent se rencontrer, lorsque le texte de la loi ne comporte que des directions générales, on aura beau dire que l'administration n'est plus maître de ses initiatives, que sa compétence est liée, cela n'empêchera pas que l'autorité administrative puisse, à l'intérieur des limites tracées par la loi, légitimement agir selon ses directives propres, en vue de la poursuite des fins administratives (1). L'opposition entre la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire que l'on a souvent essayé d'établir est donc loin d'être nettement marquée (2).

(1) Nous avons déjà insisté dans la section précédente (p. 36 et s.) sur le cas d'application du pouvoir discrétionnaire qui traduit de la façon la plus nette l'indépendance de l'administration vis-à-vis de la loi; nous nous bornons à y renvoyer.

(2) La plupart des auteurs français, notamment MM. MICHOU, BONNARD et RÉGLADE, estiment que dans les cas où la loi a indiqué les motifs de la décision administrative, il n'est plus possible de parler de pouvoir discrétionnaire, étant donné qu'alors il y a compétence liée. C'est ainsi que ces auteurs soutiennent que « en matière de police municipale, les « pouvoirs du maire ne sont jamais discrétionnaires ni pour l'appréciation des motifs, ni pour les mesures qu'il établit », les motifs des mesures de police étant fixés par la loi (R. BONNARD, *op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1923, p. 382), sans s'apercevoir que le texte même de l'article 97 de la loi municipale est assez peu précis pour laisser au maire un certain pouvoir d'appréciation discrétionnaire en ce qui concerne la valeur des motifs et l'opportunité de ses décisions. Les cas d'excès de pouvoir qui se présentent en cette matière ne constituent la plupart du temps que des cas de détournement de pouvoir et non de violation de la loi proprement dite bien que la jurisprudence, que nous aurons encore l'occasion d'examiner, soit loin d'être nette à cet égard.

M. Marc RÉGLADE, poussant l'analyse plus loin que M. BONNARD, sur l'étude duquel il se base, distingue entre la *compétence liée du premier degré*, où l'agent administratif, sans pouvoir apprécier discrétionnairement la valeur des motifs de sa décision, est cependant libre d'agir ou

Du reste, il y aura également place ici pour l'application du principe de la « discrétionnalité technique » déjà mentionné ci-dessus (page 46).

d) Poursuivant notre analyse du pouvoir discrétionnaire de l'administration, nous constatons que l'agent administratif, dans l'exercice légal de ses fonctions, tend nécessairement vers un certain *but*. En effet, à chaque manifestation de volonté correspond naturellement un but plus ou moins apparent qui tombe sous la prise du droit. Nous touchons ici à un élément qui a joué un rôle capital dans l'évolution du droit administratif français, étant donnée son importance dans la théorie de l'*institution*.

Il est bien évident que le but d'un acte accompli par un agent public doit toujours présenter un caractère strictement administratif et être déterminé par la nature même de la fonction exercée par l'agent. Les directives suivies par l'administration, qui se concentrent dans les *motifs* des décisions administratives, doivent se mouvoir dans une sphère plus ou moins restreinte. Il y a une limite au delà de laquelle la conduite administrative, quelque libre qu'elle puisse paraître, devient abusive et doit être réprimée parce qu'elle révèle la tendance *volontaire* ou *involontaire* de

de s'abstenir, de choisir les mesures à appliquer, et la *compétence liée du second degré*, où le législateur n'empêche pas seulement l'administration d'être juge souveraine de la valeur des motifs, mais l'oblige encore à intervenir dans un sens déterminé dans tous les cas où les motifs prévus par la loi existent en fait. C'est ainsi que les pouvoirs de police reconnus au maire par l'article 97 de la loi municipale constituent, de l'avis de M. RÉGLADE, des cas de compétence liée au premier degré, parce que, tout en n'étant pas juge des nécessités d'ordre public exigées par la loi, le maire apprécie librement l'opportunité de son action ou de son abstention; au contraire, dans les cas où les administrés font valoir des droits à l'encontre de l'administration, celle-ci ne pouvant se dispenser d'intervenir selon les injonctions du législateur, on se trouve en présence de cas de compétence liée du second degré (Cf. Marc RÉGLADE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1925, p. 436 et s.). Si l'on ne peut dénier à cette argumentation une certaine valeur, on ne saurait cependant s'empêcher de remarquer que cette théorie revendique une portée qu'elle ne peut avoir en réalité, étant donné la variété infinie des situations concrètes à régler. Tous ces points seront d'ailleurs encore précisés lorsque nous étudierons les solutions, jurisprudentielles.

l'administrateur de sortir du but de l'institution. C'est à ce point du pouvoir discrétionnaire de l'administration que le juge peut et doit intervenir pour opposer ses directives propres à celles de l'administrateur, en canalisant l'activité administrative et en la maintenant dans la voie tracée par les buts administratifs à atteindre. Et bien que les diverses applications *concrètes* de ces règles de but ne puissent être nettement précisées à l'avance pour chaque catégorie d'actes, le pouvoir discrétionnaire devra s'effacer ici devant les nécessités impérieuses de la bonne administration pour faire place au contrôle contentieux de la moralité administrative, dont la jurisprudence de notre Conseil d'Etat nous révèle toute l'importance.

Ce contrôle portera tout naturellement sur les faits mêmes se trouvant à la base de la décision administrative, tout au moins dans tous les cas où le sens de la décision ne résultera pas directement de son dispositif lui-même. Mais remarquons, tout de suite, qu'il s'agit bien là d'un contrôle juridique puisque, sans viser l'intervention administrative *in concreto*, il tend à vérifier uniquement l'orientation générale qui se dégage des directives d'une activité déterminée. Ainsi le Conseil d'Etat ne censure pas une mesure administrative pour elle-même, mais bien en raison de l'orientation de la conduite de l'administration se traduisant dans la décision prise par l'agent administratif. En d'autres termes, *l'intervention du juge ne vise pas la question de fait, c'est-à-dire l'utilité ou l'inutilité de la mesure attaquée, considérée en elle-même, mais la conception juridique que l'administrateur a eu de son devoir en affirmant une directive déterminée* (1).

Cette réserve faite, nous devons cependant constater que les deux questions paraissent se confondre, en ce sens que, pour apprécier la conduite de l'administrateur quant au but qu'il doit atteindre, le juge est souvent obligé de serrer de

(1) Cf. G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, Sirey, 1925, p. 304 n. (1); p. 346 n. (1); cf. aussi Cons. d'Et. 27 avril 1917 *comm. de Venoz* S. 23. 3. 53 avec les concl. de M. BLUM.

près la valeur en fait de la décision entreprise. C'est ainsi que le Conseil d'Etat « annule impitoyablement les arrêtés « municipaux interdisant toute manifestation extérieure du « culte parce qu'il n'est pas raisonnable de penser que l'ordre public puisse être troublé par des cérémonies telles « que les cortèges funèbres » (Hauriou). C'est que le point de droit se révèle à travers le point de fait. La jurisprudence judiciaire n'a pas toujours reconnu l'importance de cette considération, pourtant bien simple; et voilà une des raisons pour lesquelles la Cour de cassation a refusé aux tribunaux judiciaires le droit d'examiner le détournement de pouvoir proprement dit.

III. — Il résulte suffisamment de ce qui vient d'être dit que le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, dont nous aurons, ultérieurement, encore à préciser le caractère juridique propre, ne peut porter directement sur le pouvoir discrétionnaire lui-même. Celui-ci est, en effet, la faculté, pour l'administration, d'apprécier librement certains éléments de son activité, soustraits à tout contrôle contentieux, l'exercice de ce pouvoir ne pouvant donner lieu qu'à des appréciations de pure opportunité dont les tribunaux, aussi bien ceux de l'ordre judiciaire que ceux de l'ordre administratif, ne sauraient connaître sans sortir des limites de leur compétence (1).

(1) Nous tenons à reproduire ici le passage de l'étude déjà citée de M. BONNARD dans lequel l'auteur précise ainsi les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration. « Il n'y a pas, dit-il (*loc. cit.*, p. 372 « et s.), pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation de l'existence matérielle « ou légale des motifs. Le Conseil d'Etat contrôle non seulement les « erreurs de droit, mais aussi les erreurs de fait qui ont pu être com- « mises et qui font qu'en réalité les motifs sont inexistants. Toutefois, « il y a une restriction: il faut que les motifs soient exprimés dans le « dispositif de l'acte ou tout au moins résultent des pièces versées au « dossier.

« Pour l'appréciation de la valeur des motifs et de l'opportunité de « la décision, une distinction est faite. Le pouvoir cesse d'être discrétionnaire aussi bien pour les motifs que pour la décision elle-même, « lorsque la loi fixe les motifs de la décision, précise dans quel cas il « y aura lieu de prendre une décision et quelle décision devra être

Il doit donc être entendu que le contrôle de la moralité exercé par le juge ne peut atteindre que les actes qui, bien que réguliers au point de vue purement légal, ne répondent pas aux exigences d'une bonne administration, dont l'appréciation ne peut évidemment être discrétionnaire de la part de l'autorité administrative.

Par ailleurs, la question de ce contrôle ne se posera, en principe, que pour les actes qui impliquent un certain élément discrétionnaire pour l'administration et ne sont pas en tous points assujettis aux préceptes formels édictés par le législateur. Lorsque la compétence de l'administrateur est *absolument* liée par la loi, lorsque pour la solution d'un cas d'espèce celui-ci n'a qu'à se conformer à une injonction *nette et précise* contenue dans une disposition légale, l'irrégularité du but de l'acte est sans importance. En ce cas la décision administrative doit déjà être annulée pour violation de la loi de fond lorsqu'elle est viciée; d'autre part, elle serait absolument inattaquable dans les cas où, bien qu'inspiré par des intentions peu avouables, l'agent public se serait borné à obtempérer purement et simplement à une prescription formelle et inéluctable.

Cependant, étant donné que la loi, constatation normative souveraine, faite par le pouvoir législatif, des rapports nécessaires existant entre des êtres conscients du groupe social, est, par là-même, l'expression de la règle *morale et rationnelle* mise en œuvre en vue de la poursuite d'un but pratique, l'irrégularité d'un acte administratif tendant à se mettre en contradiction avec l'injonction légale, pourra, si l'on tient à donner satisfaction à un besoin d'unité, être considérée comme une atteinte au principe de la moralité administrative lui-même; celui-ci impliquerait donc égale-

« prise. Au contraire, quand la loi se borne à établir la compétence « sans préciser les conditions pour son exercice, il y a pouvoir discrétionnaire.

« Pour le but, il n'y a jamais pouvoir discrétionnaire, ni pour le « déterminer, ni pour apprécier si l'acte poursuit réellement le but « prévu. Le Conseil d'Etat est toujours juge du détournement de pouvoir, c'est-à-dire du but poursuivi par l'acte... ».

ment l'interdiction, pour tout administrateur, d'enfreindre formellement les règles, présumées conformes au bien commun, portées par le législateur.

L'intérêt de la question, telle que nous la posons, est le suivant : si l'on part du point de vue de la délimitation stricte du contrôle de la légalité proprement dite et de celui de la moralité, on sera — réserve faite de l'application éventuelle du contrôle de la constitutionnalité de la loi — facilement porté à admettre, sans exception, l'annulabilité de tout acte non absolument conforme à l'injonction légale, alors que le point de vue tendant à l'établissement d'un domaine d'application très large du contrôle de la moralité, jusqu'à lui faire absorber, en quelque sorte, le contrôle de la légalité, peut amener le juge à admettre *sans difficulté* la correction juridique parfaite de toute mesure administrative particulière imposée par les nécessités de l'heure et les exigences spéciales de la situation, bien que non absolument conforme à la règle générale. Il s'agirait, en somme, ici d'un déplacement du contrôle contentieux de l'*objet* même de l'acte administratif vers un contrôle de la *fin* spéciale poursuivie par l'acte.

Allons plus loin et reconnaissons qu'en droit tout se ramène, en dernière analyse, à des questions de moralité et de conformité des actes particuliers à certaines fins spéciales déterminées par les règles supérieures régissant les activités humaines. Il n'est pas téméraire d'admettre que l'activité d'une personne poursuivie de bonne foi et en vue de buts parfaitement légitimes, conformes à la morale sociale, doit, en principe, pouvoir prétendre à la protection du droit, alors même que cette activité irait, dans une certaine mesure, à l'encontre d'une disposition formelle de la loi. Il ne faut pas oublier que la loi, qui, d'ailleurs, ne saurait tout prévoir, n'est pas encore toute la justice et qu'elle ne bénéficie, au fond, que d'une présomption de conformité aux principes supérieurs du droit. Or, par elle-même, toute présomption, si utile soit-elle, ne peut avoir qu'une valeur provisoire.

Qu'on ne dise pas que, dans ces conditions, nous faisons trop bon marché de la règle légale. Car, tout d'abord, il reste qu'il est raisonnable de présumer que celui qui aura agi contrairement à l'injonction du législateur s'est rendu coupable d'une violation du droit. Cette présomption a naturellement une très grande force; s'il en était autrement, toute sécurité dans les relations juridiques, dont la loi est un facteur puissant et qui constitue une des bases de l'édifice social de même qu'une des conquêtes les plus précieuses de la civilisation, serait supprimée (1). Mais, d'autre part, la même idée de sécurité exige également que la bonne foi et le sens de la justice ne soient pas écrasés sous le poids des règles abstraites qui, malgré toute l'autorité que leur confère leur qualité d'expression la plus élevée de la technique juridique, ne peuvent avoir qu'une valeur relative. Toute la différence entre le système auquel nous nous rallions et la doctrine classique réside dans le fait, que nous voudrions voir poser en principe, que celui qui aura accompli un acte contraire à la loi doit toujours pouvoir établir que, se trouvant dans des conditions particulières, dont, peut-être, le législateur n'a pu se rendre suffisamment compte, il avait de justes motifs et des raisons très graves de se mettre, dans le cas considéré, en opposition de fait avec la règle formelle, alors que le système traditionnel aboutit, en somme, à la défense de l'autorité absolue de la règle légale en n'admettant pas qu'on puisse faire valoir contre elle des excuses légitimes (Comp. les développements très prudents, entourés de beaucoup de réserves, de M. Fr. Génv au tome IV de son ouvrage fondamental *Science et Technique en droit privé positif*, not. p. 69 et s.) (2).

(1) Sur l'élément de stabilité dans le droit, réalisé dans l'ordre social auquel les règles générales servent d'instruments, cons. M. HAURIOU, *L'Ordre social, la Justice et le Droit*, Rev. trim. Dr. civ., 1927, p. 795 et s., not. §§ I et II.

(2) Cf. G. BEXARD, *le Droit, la Logique et le Bon sens*, Sirey, 1925, 10^e conférence: *Le Fait et le Droit* (p. 362 et s.). « Tous les jours, vingt fois par jour, dit l'auteur, des maires, des préfets, passent outre à la

Quoi qu'il en soit, il reste que le frein le plus puissant et, en même temps, le plus souple à l'activité administrative, doit être cherché dans le contrôle juridictionnel de la moralité, qui, en dehors et à côté du contrôle portant sur la légalité proprement dite, révèle les éléments nécessaires à la fixation des limites des pouvoirs exorbitants appartenant naturellement à l'administration.

« légalité stricte... Ils *risquent* l'annulation ou les dommages-intérêts
« pour le bien de l'administration et du public. Que de projets sont
« soumis pour approbation aux conseils municipaux, qui sont d'ores et
« déjà exécutés! Il n'y a pas moyen d'administrer autrement... Tout ce
« qu'on peut demander à l'administrateur, c'est la *droiture d'intention*
« et la *prudence dans le risque!* Questions de tact et de moralité!...
« Nombre de lois n'ont d'autre sens que de faire peser un risque sur
« ceux qui les violeraient *malhonnêtement...* » (V., d'ailleurs, ci-dessous p. 451, note 2).